

A suspensão condicional do processo e a analogia *IN MALAM PARTEM*

CALIXTO OLIVEIRA SOUZA

Promotor de Justiça de Divinópolis

SUMÁRIO

Introdução - 1 Sobre a analogia em Direito Penal - 2 Institutos diferentes, com regras distintas - 3 Entre a vontade do aplicador da Lei e a vontade da Lei, faz-se esta última - 4 Não há analogia a ser feita, seja *in bonam partem* ou *in malam partem* - 5 Mais efetividade? Talvez sim, talvez não - 6 A jurisprudência deve ser respeitada, mas não é um caminho obrigatório - Conclusão.

SÍNTESE DOGMÁTICA

Não se aplica à suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei 9099/95, o requisito do decurso de prazo de cinco anos para nova concessão do benefício, por não ser cabível a analogia à limitação prevista para a transação penal, prevista no artigo 76 do mesmo diploma legal, em razão de não haver omissão da Lei ao não fazer a mesma exigência no art. 89 e por não ser aceita no Direito Penal a analogia *in malam partem*.

RESUMO

A lei 9099/95 é muito clara ao listar os requisitos para a concessão da suspensão condicional do processo, com algumas diferenças em relação à transação penal. Uma delas diz respeito à proibição prevista para a concessão de nova transação penal no prazo de cinco anos, prevista no artigo 76, § 2º, II. Essa limitação não foi repetida no artigo 89 da mesma Lei, que traz exigências distintas, mais graves, para a suspensão.

Pode-se concluir facilmente, portanto, que o réu poderá ser beneficiado pela suspensão condicional do processo sem exigência de prazo entre o cumprimento de uma suspensão e outra.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a ser apresentado no XV Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e versa sobre o tema do evento - **Ministério Público: por uma atuação resolutiva** -, ao abordar a suspensão condicional do processo, aplicável aos delitos de competência do Juizado Especial Criminal e também aos do processo comum, desde que a pena mínima não ultrapasse um ano de prisão. A tese visa a demonstrar que grande parte dos aplicadores do Direito, incluindo os Tribunais Superiores, vêm interpretando o instituto despenalizador em prejuízo da atuação resolutiva que é a alma da Lei 9099/95 e do instituto citado, ao

deixar de conceder ao réu um benefício que lhe é devido, prosseguindo indevidamente com o processo e aplicando uma sentença condenatória em nítida oposição ao texto legal.

A Lei 9099/95 trouxe institutos despenalizadores que já foram testados e aprovados em seus quase trinta anos de vigência, dentre eles a transação penal e a suspensão condicional do processo. Não se pode olvidar, porém, que há diferenças enormes entre os dois benefícios, que ocorrem em fases distintas e têm requisitos que não guardam relação entre si.

Para a transação penal, a ser aplicada na fase pré-processual, a lei prevê alguns requisitos.

Vejamos a redação do artigo 76:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Como se vê, há uma restrição temporal para nova concessão do benefício, prevista no inciso II do § 2º e repetida no final do § 4º.

Vejamos, a seguir, os requisitos para a concessão da suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Benefícios diferentes, com requisitos e condições que guardam apenas uma semelhança entre si, que é o fato de não poder o autor ter sido condenado por outro crime, tendo ambas o condão de possibilitar a extinção da punibilidade sem julgamento do mérito, não gerando, obviamente, reincidência.

1. SOBRE A ANALOGIA EM DIREITO PENAL

Uma das primeiras lições que aprendemos no curso de Direito Penal é que a analogia é possível, mas jamais em prejuízo do réu, ou seja, não existe analogia *in malam partem* em Direito Penal.

A punição criminal é sempre precedida de previsão legal.

Assim determina o artigo 5º da Constituição da República, em seu inciso XXXIX, de rara clareza:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Poder-se-ia alegar que a previsão contida no artigo 89 da Lei 9099/95 é de cunho processual, que pode ser aplicada de forma diferente da matéria substantiva. Ocorre que o argumento faria uma mistura de alhos com bugalhos. Ora, se a lei processual houvesse sofrido alteração para passar a exigir o prazo de cinco anos para a concessão de nova suspensão condicional do processo e o réu já houvesse cometido o crime, a regra mais grave seria aplicada, pois leis processuais têm aplicação imediata (não obstante tenhamos visto casos em que esta é tão gravosa que aplica-se a lei anterior ao que já havia cometido o ato delituoso, mas essa questão não nos interessa no presente trabalho).

Ocorre que a Lei jamais foi alterada para exigir o prazo de cinco anos para a concessão de nova suspensão condicional do processo. Alguns doutrinadores, e até Tribunais Superiores, defendem a aplicação da regra mais grave com base em um único argumento: aplica-se essa regra à suspensão condicional do processo por analogia à exigência legal para a concessão da transação penal. Nada mais.

Como se vê, estamos diante de um caso de aplicação da analogia *in malam partem* em Direito Penal, o que é inadmissível.

2. INSTITUTOS DIFERENTES, COM REGRAS DISTINTAS

Há semelhanças entre a transação penal e a suspensão condicional do processo, não há dúvida. Há semelhanças também entre muitos crimes previstos no Código Penal e em leis penais, assim como no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, mas ninguém em sã consciência se atreve a aplicar a exigência de um dispositivo a outro, salvo para beneficiar o autor ou réu, como ocorreu com a contravenção de vias de fato quando a própria Lei 9099/95 passou a exigir a representação para o crime de lesão corporal.

Fala-se muito que “quem pode o mais pode o menos”. Jamais, porém, quem pode o menos pode o mais, principalmente em Direito Penal.

Basta uma leitura dos institutos penais aqui comparados (estão transcritos acima, para maior comodidade) para se perceber que o legislador os concebeu de forma muito diferente, para serem aplicados em momentos diferentes, com regras diferentes, sendo as da suspensão bem mais gravosas.

Assim, ao ser proposta e aceita a suspensão condicional do processo, o réu ficará sujeito a várias condições, as quais deverão ser cumpridas por pelo menos dois anos, não podendo ele vir a ser processado novamente durante o período de prova, sob pena de perda do benefício. Ademais, tratando-se de uma segunda proposta de suspensão, por exemplo, poderá esta ser concedida pelo prazo de quatro anos (poderia ser na primeira suspensão, mas não é comum), com todas as condições previstas no artigo 89, além de outras que “o Juiz poderá especificar (...), desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”, as quais serão um desestímulo ao cometimento de outro delito.

3. ENTRE A VONTADE DO APLICADOR DA LEI E A VONTADE DA LEI, FAZ-SE ESTA ÚLTIMA

São conhecidas as situações em que a Lei contém equívocos, defeitos, falhas de redação etc. e o aplicador deve, naturalmente, compreender que trata-se de erro material e agir conforme a vontade do legislador e não do texto. Um exemplo clássico está no artigo 44 do Código de Processo Penal:

Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.

Como se vê, a Lei Processual Penal diz que na procuração deverá constar o nome do outorgante, o que não tem sentido, pois não há instrumento de mandato sem o nome do mandante. Ademais, determina que seja feita menção ao fato criminoso, mas não exige que conste no documento o nome do querelado. Ora, não há dúvida de que o CPP quis dizer “querelado” quando disse “querelante”. É tão óbvio que ninguém se preocupou em corrigir a redação do vetusto dispositivo processual mencionado. Todos concordam que a ausência do nome do querelado na procuração a torna inválida, por ser consenso que no instrumento de mandato deverá constar, além do fato criminoso, o nome do autor desse fato. O bom senso e o consenso agem juntos para corrigir o erro material.

Por outro lado, quando a Lei não diz algo em razão de evidente opção do legislador, não pode o intérprete dizer por ele. Podemos entender, por exemplo, que determinado crime merece pena mais grave que outro e que seria lógica essa dedução, mas nada podemos fazer sem uma alteração a ser feita pelo Congresso Nacional, o que é óbvio e saudável. A se entender de modo diferente, cada um de nós teria seu *vade mecum* pessoal, em uma verdadeira Torre de Babel Judicial.

4. NÃO HÁ ANALOGIA A SER FEITA, SEJA *IN BONAM PARTEM* OU *IN MALAM PARTEM*

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro) diz que o Juiz se utilizará da analogia quando “a lei for omissa”:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A solução encontrada pelo legislador, como se vê claramente, tem o objetivo de evitar que determinadas causas fiquem sem julgamento por omissão da lei, principalmente as que envolvem interesses pessoais, como vemos nas varas cíveis. Nessas causas o Juiz não pode aplicar o “*in dubio pro reo*” nem extinguir o processo (ou deixar de receber a inicial) por falta de condições da ação, pois a Lei não permite que ele saiba se o direito pleiteado existe ou não, se a causa deve ser julgada procedente ou não. Ademais, a omissão da Lei pode ser mais sutil, para determinado ato, quando deverá o Juiz encontrar uma solução de acordo com o artigo 4º citado.

Cabe, então, o julgamento “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.
No caso da suspensão condicional do processo, porém não há que se falar em omissão, mas em opção do legislador.

5. MAIS EFETIVIDADE? TALVEZ SIM, TALVEZ NÃO

Questões como a debatida neste trabalho costumam suscitar discussões apaixonadas, principalmente sobre a efetividade de uma conduta ou outra do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Ocorre que há situações em que não nos cabe ter opinião. Como existe Lei, e clara, não nos cabe mais que comentar, emitir nossas opiniões, concordar ou discordar, concluir que a solução encontrada pelo legislador é efetiva ou não, mas jamais agir de acordo com nossa vontade, aplicando a lei com mais ou menos rigor ao acrescentar a ela o que gostaríamos que ela houvesse determinado.

Somos, enfim, escravos da Lei, em primeiro lugar, e só depois das nossas consciências. Quando a Lei é clara e não dá margem a interpretação, basta às nossas consciências o conforto de estarmos agindo de acordo com o que determinou o legislador, concordemos ou não com ele.

6. A JURISPRUDÊNCIA DEVE SER RESPEITADA, MAS NÃO É UM CAMINHO OBRIGATÓRIO

Repete-se aqui o que é sabido por todo membro do Ministério Público: a jurisprudência é um norte, mas não é obrigatória. Nem mesmo as súmulas vinculantes, não obstante seu poder, têm força de lei. No mundo inteiro a jurisprudência é ouvida, respeitada e naturalmente seguida, mas em algum momento ela pode ser alterada sem que a lei mude, por força do dinamismo do Direito, das mudanças da sociedade e, em muitas oportunidades, em razão de visões novas, que convencem o mundo jurídico de que a lei deve ser interpretada de outra forma.

Ou seja, as decisões reiteradas, e até sumuladas, das cortes superiores devem convencer, sob pena de ser questionadas pelos que aplicam o direito no varejo, no dia a dia.

É o que ocorre no presente caso em relação a alguns tribunais, *data máxima venia*.

Vejamos o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

Na oportunidade em que o Ministério Público oferecer a denúncia, se estiverem presentes os requisitos, poderá propor a suspensão do processo por até quatro anos, se o acusado não tiver outro processo criminal ou não tenha sido condenado por outros crimes, para que o acusado cumpra determinadas condições em troca da extinção do processo.

Se o acusado aceitar a proposta, e a denúncia for recebida, o juiz poderá suspender o processo até que as condições, que estão descritas na lei, sejam efetivamente cumpridas.

Uma vez concedido o benefício, o mesmo cidadão não poderá fazer novo uso dele dentro de 5 anos.

Todos os requisitos e detalhes referentes à concessão do benefício estão previstos no artigo 89 da lei 9.099/95, que trata dos juizados especiais.

(TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios)

O Tribunal, evidentemente, se equivocou nessa decisão, ao afirmar, em princípio corretamente que “todos os detalhes e requisitos referentes à concessão do benefício estão previstos no art. 89 da Lei 9099/95”, mas aplicar uma regra prevista no artigo 76 da mesma Lei, sem nem mencionar que fez analogia *in malam partem* nem como e por que a aplicou.

Até mesmo escritórios de advocacia criminal chegam a se equivocar, data venia, quando tratam do assunto, como se vê em artigo assinado pelo Escritório Campos & Antonioli:

Quantas vezes posso utilizar a suspensão condicional do processo?

O benefício da suspensão condicional do processo pode ser utilizado 1 (uma) vez a cada 5 (cinco) anos. Antes do oferecimento da suspensão pelo Ministério Público, verifica-se a certidão de antecedentes criminais e a folha de anotações criminais do acusado. Nestes documentos ficam registradas quaisquer condenações ou processos que estejam tramitando contra o acusado. Se houver registro de que o acusado está com outro processo suspenso com base no artigo 89 da Lei nº 9099/95, artigo que prevê a aplicação da suspensão, o Ministério Público deixará de oferecê-la.

Essa regra encontra-se prevista no artigo 76 da Lei nº 9099/95, que diz que não será oferecida proposta de suspensão condicional do processo no caso de “ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa”.

O acusado também não terá direito ao benefício se já houver sido condenado e/ou estiver sendo processado simultaneamente por outro crime.

(Camposantonioli.com.br)

Nota-se novamente a clara aplicação da analogia in malam partem, mas também sem mencionar as razões dessa analogia.

O site PROJURIS traz o entendimento do STF com alguns argumentos:

Uma vez que a suspensão condicional do processo tem caráter despenalizante e de evitar a reincidência, a jurisprudência compreende que pessoas que já foram beneficiadas pelo sursis processual não devam ter acesso ao benefício em um período de tempo.

O Supremo Tribunal Federal baseia o impedimento do benefício no inciso II do parágrafo 2º do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, que traz:

“Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo”.

Dessa forma, o artigo 76 é estendido pela jurisprudência para as situações onde compete a possibilidade do benefício da suspensão condicional do processo.

(<https://www.projuris.com.br/blog/suspensao-condicional-do-processo/>)

O argumento é de que o maior rigor, com aplicação de uma exigência mais grave de um instituto a outro, tem a finalidade de “evitar a reincidência”, pois a suspensão condicional do processo tem “caráter despenalizante”. É difícil entender o argumento, pois quem é beneficiado com a suspensão e a cumpre não será reincidente caso venha a ser condenado, no futuro, obviamente por outro fato. Não parece crível, também, que alguém beneficiado com a suspensão e que a cumpre rigorosamente terá incentivo para cometer novo crime. A ideia do Tribunal Excelso talvez seja a de aplicar uma sanção grave, com processo até sentença e condenação, para evitar a reincidência, ou seja, evitar a prática de novo crime, uma das finalidades da pena. Ocorre que quem nunca foi condenado talvez tenha mais motivos para evitar cometer o terceiro delito que aquele que já o foi. São, enfim, teorias respeitáveis, as quais podem eventualmente ser levadas ao Congresso Nacional, mas não dão o direito de aplicar a lei de forma diferente de seu texto.

O cerne da questão está não em reincidência ou não, mas em uma regra processual criada pelo legislador de 1995, que decidiu dar mais de uma oportunidade ao autor de evitar uma condenação criminal, desde que ele cumpra as condições oferecidas, as quais, obviamente, o legislador (sempre ele) considerou adequadas.

Um dos requisitos é que o autor não venha a ser processado durante o período de prova. Quanto ao passado, diz apenas que o autor da infração não pode ter sido condenado, pela prática de crime, a pena privativa de liberdade, por sentença definitiva (art. 89, *caput*); ou seja, ele pode até ter sido condenado pela prática de crime a uma pena não privativa de liberdade ou condenado a qualquer pena por contravenção. Mais uma vez, concordemos ou não, é a vontade da Lei.

Enfim: uma suspensão só atrapalha a outra se o beneficiário vier a ser processado, no curso da suspensão, por crime (revogação obrigatória – art. 89, §3º) ou contravenção (revogação facultativa – art. 89, § 4º).

Aparentemente há uma aceitação da jurisprudência, por parte da comunidade jurídica, sem questionamento. Bastaria a leitura da Lei 9099/95 para se perceber que não cabe analogia nenhuma, seja em benefício ou em prejuízo do réu. O legislador simplesmente definiu exigências diferentes para os benefícios, que são diferentes, repita-se, não havendo que se falar em “omissão”, “falha de redação” etc.

7. CONCLUSÃO

A suspensão condicional do processo é um instituto diferente e totalmente independente da transação penal, não sendo cabível a aplicação dos requisitos de um benefício ao outro por analogia, principalmente por não ter havido omissão da Lei em nenhum dos casos. Ademais, a analogia, *in casu*, seria in malam partem, o que encerra qualquer discussão sobre a possibilidade de sua aplicação no Direito Penal.

Não há que se falar, portanto, em proibição de concessão de nova suspensão condicional do processo se o agente houver sido beneficiado pelo mesmo instituto há menos de cinco anos, aplicando-se ao instituto da suspensão um dos requisitos da transação penal sem qualquer fundamento legal ou principiológico.

8. BIBLIOGRAFIA

- TJDFDT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios;
- Camposantonioli.com.br;
- <https://www.projuris.com.br/blog/suspensao-condicional-do-processo/>.